

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A INTANGIBILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO E DA INTELECÇÃO DOS CONCEITOS (DE VALOR) JURÍDICOS INDETERMINADOS

Simone Vasconcelos Silva*

RESUMO: Este estudo analisa a discricionariedade administrativa. Relaciona o conceito de discricionariedade administrativa ao mérito administrativo e à intelecção de conceitos (de valor) jurídicos indeterminados. Delimita o espaço das escolhas livres do administrador. Por fim, apresenta o princípio da juridicidade como limitação à discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade Administrativa. Mérito Administrativo. Intelecção de Conceitos (de Valor) Jurídicos Indeterminados. Princípio da Juridicidade.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito impõe que a atuação do administrador público esteja vinculada à lei (em sentido amplo).

No entanto, diante da variedade de vínculos entre Estado e indivíduos, apenas a observância do regramento legal não se mostra suficiente à solução dos conflitos, sendo necessária a outorga do poder discricionário, o qual não se constitui num “*cheque em branco*” nas mãos do administrador, consoante as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em virtude disso, exige-se que o agente público complemente a textura aberta da norma de competência discricionária através de uma conduta consentânea com a principiologia constitucional. Do contrário, essa liberdade de atuação do administrador seria absoluta, o que, inegavelmente, aproximaria a discricionariedade da combatida arbitrariedade na Administração.

* Bacharela em Direito pela UFSE, pós-graduada em Ciências Criminais, servidora pública do Tribunal de Justiça de Sergipe..

De fato, veremos que os núcleos intangíveis da discricionariedade – o mérito administrativo e a intelecção de conceitos (de valor) jurídicos indeterminados –, correspondem a espaços onde quaisquer opções de conduta do administrador são admissíveis perante o Direito.

A análise sob comento inicia-se com o estudo da discricionariedade administrativa, seus fundamentos, conceito e localização na norma jurídica. Tudo isso conduz o leitor à necessária distinção entre a discricionariedade e as suas duas vertentes, quais sejam, o mérito administrativo e os conceitos (de valor) jurídicos indeterminados, com ênfase a que seja respeitada a intangibilidade destes dois últimos.

Ainda em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, veremos que há divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

Por fim, trataremos da limitação à discricionariedade administrativa imposta com fundamento nos princípios constitucionais e nas regras jurídicas, o que se constitui na observância do denominado *princípio da juridicidade da Administração Pública*.

Vislumbra-se, assim, a importância desse tema do Direito Administrativo, justamente por ser atual e envolver questões cotidianas, nas quais os administrados têm os seus direitos violados ou ameaçados por condutas administrativas arbitrárias, mas que, em princípio, eram discricionárias.

A pesquisa bibliográfica correlata a esse tema serviu de fundamento às discussões levantadas ao longo do presente estudo.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 FUNDAMENTOS E CONCEITO

Os contornos da atuação da Administração Pública vinculada à lei foram traçados no Estado Democrático de Direito, terceiro período do Estado de Direito (segunda etapa do Estado Moderno).

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, foi-se abandonando o positivismo formalista (Estado de Direito Formal) para se adotar a concepção do Estado Social de Direito acrescida da participação popular no processo político, nas decisões de Governo e no controle da Administração Pública (Estado de Direito Material).

Havia também a preocupação com a justiça social, não alcançada nos

períodos anteriores, devido ao positivismo exacerbado. Assim é que, nesse período, “[...] pretende-se submeter o Estado ao Direito, não à lei em sentido puramente formal. Daí hoje falar-se em Estado Democrático de Direito, que abrange os dois aspectos: o da *participação popular* (Estado Democrático) e o da *justiça material* (Estado de Direito)”¹.

A Constituição Brasileira de 1988 incorporou essa concepção de Estado logo em seu primeiro dispositivo.² Já outra importante norma constitucional, o artigo 37³, traz a previsão expressa do princípio da legalidade, consectário lógico do Estado Democrático de Direito. Esse panorama constitucional demonstra que a Administração Pública deve se submeter à lei em sentido estrito e em sentido amplo (princípios que consagraram valores expressos ou implícitos na Constituição, como a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça), uma vez que a estrita observância da legalidade formal se mostra insatisfatória:

Dentro da busca de um novo escopo para a legalidade, fundamenta-se a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (princípio da juridicidade), o que se reforça com a ascensão do constitucionalismo, englobando os princípios e valores consagrados na Lei Maior.⁴

Vê-se, assim, que os princípios consagrados constitucionalmente correspondem a limitações impostas à discricionariedade administrativa. Em razão disso, no Estado Democrático de Direito, as escolhas administrativas devem ser aquelas que não só respeitem as leis, como também os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais.

Isso revela que a Constituição Federal de 1988 traçou novos limites ao exercício da função administrativa, em especial no espaço reservado à discricionariedade, que deve obedecer às seguintes premissas: ninguém pode ter sua liberdade restringida senão em virtude de lei; a atuação da Administração Pública deve ser vinculada à lei em sentido amplo; e esta deve ser igual para todos, sendo vedada qualquer espécie de discriminação.

O poder discricionário constitui-se num poder atribuído aos agentes administrativos para a consecução dos fins a que se destina o Estado. O

regramento desse poder (assim como dos demais poderes) pelo princípio da legalidade impede que o agente incorra em arbitrariedades nas diversas situações em que a lei não é capaz de prever o comportamento adequado do administrador, aquele capaz de alcançar o fim a que se destina determinado ato. Em consequência dessa ausência de vinculação, o administrador pode atuar em

[...] um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.⁵

Nada obstante se falar em poder discricionário, não se trata, de fato, de um poder, mas sim de um dever de se alcançar a finalidade legal. A função administrativa deve ser exercida na estrita conformidade com a lei, o que implica dizer que “a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é *também uma relação de subsunção*”⁶ – o administrador só está autorizado a agir quando a lei assim o permitir e da maneira que determinar. Tanto que se fala em função administrativa como o exercício de um poder conferido ao administrador para que possa alcançar uma finalidade, um dever.

[...] o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem.⁷ (grifo do autor)

Conclui-se, portanto, que, porque a discricionariedade não resulta da ausência de lei, ela não é sinônima de arbitrariedade (liberdade desregrada, desvinculada do interesse público geral). A discricionariedade administrativa corresponde a uma atuação do agente público nos limites da lei, e se esse agente se conduz fora dos seus limites ou em direta

ofensa a ela, incorre em arbitrariedade. Daí a necessária distinção entre discricionariedade e arbitrariedade:

Há que se frisar, ademais, na esteira da unânime doutrina brasileira, haver distinção entre discricionariedade e arbitrariedade. Afinal, ao agir arbitrariamente o agente estará a agredir a ordem jurídica já que sua conduta é desconforme à lei, enquanto aquele que age discricionariamente está a usar poder-dever de escolha livre, cumprindo determinação da norma para que utilize o raciocínio e opte sobre o melhor meio de satisfazer o interesse público no caso concreto.⁸

Da mesma forma, no Estado de Direito, é inaceitável a ideia de que a discricionariedade outorgada ao administrador público seja passaporte para qualquer escolha comportada pela norma em abstrato. O que se exige do administrador, na verdade, é uma atuação capaz de cumprir a finalidade pública. Para tanto, dentre todas as soluções possíveis a um caso concreto, de certo, sempre existirá uma (quando a discricionariedade reduz-se a zero) ou algumas poucas a ser(em) considerada(s) a(s) solução(ões) ideal(ais).

[...] a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo *pretendido como imprescindível* e reputado capaz de assegurar, *em todos os casos*, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.⁹ (grifo do autor)

Então, têm-se como fundamentos básicos da discricionariedade:

a) A lei conferiu discricionariedade à Administração em determinadas

situações porque ela se encontra em uma posição mais favorável para reconhecer qual a providência mais adequada para satisfazer a finalidade da lei; e

b) Inexiste a possibilidade material de o legislador prever todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos. Daí que a norma tem que ser mais flexível, o que alarga o campo de atuação livre do administrador e, conseqüentemente, comporta mais situações concretas. Da mesma forma, não é possível ao legislador utilizar, em todas as normas, conceitos determinados, precisos, que não gerem dúvidas quanto à interpretação da norma.

De ambos os fundamentos decorre ainda que a “discrecionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”.¹⁰ Do contrário, a atuação da Administração estaria subordinada ao “moroso procedimento de elaboração das leis”¹¹, o que redundaria em obstáculo à dinâmica do interesse público, principalmente nos dias atuais.

Para que a administração possa funcionar, é preciso reduzir as condutas e soluções previamente estabelecidas e cristalizadas na lei, “deixando mais espaço para uma normatização em nível infra-legal (*sic*), que permita um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso e a circunstâncias conjunturais”. A lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas sem engessar a atividade administrativa; deve, sim, conferir-lhe maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos.¹²

Acaso não existisse a discrecionariedade, “o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa”.¹³ Ou seja, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discrecionariedade se constitui em requisito de viabilidade jurídica do princípio da separação de poderes.

Fala-se, também, na teoria da formação do direito por degraus, elaborada por Kelsen, como justificação para a discrecionariedade

administrativa. Trata-se, na realidade, de um fundamento jurídico para a discricionariedade, que, no Brasil, deve ser entendida a partir da seguinte sistemática:

Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá lícitamente se respeitar os limites que nesta se contém. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade.¹⁴

A discricionariedade se justifica, ainda, pelo fato de “evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas”.¹⁵

Pelo fato de a discricionariedade ser um poder que deriva da lei, quando o ato administrativo não corresponde ao pretendido pelas normas jurídicas, ele é considerado inválido. De mais a mais, somente a análise das circunstâncias fáticas que concorrem para a escolha administrativa é que poderá indicar se a finalidade legal foi alcançada. Essa análise poderá ser procedida tanto pelo Judiciário (quando provocado) quanto pela própria Administração. Em se tratando de controle jurisdicional, caberá ao juiz, “em exame de legitimidade, portanto, sem invadir o mérito do ato, verificar se o plexo de circunstâncias fáticas afunilou ou não afunilou, e até que ponto afunilou o campo de liberdade administrativa”.¹⁶

Quando se constatar que não ocorreu o referido “afunilamento” é porque o campo de liberdade previsto na lei em abstrato remanesceu à análise do caso concreto. Ou seja: restou configurado o espaço de livre escolha administrativa.

Nestas hipóteses, todas “as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade”.¹⁷ Essas escolhas administrativas legítimas encartam o que Juarez Freitas denomina de direito fundamental à boa administração pública. Diante disso, resta apresentar a conceituação da discricionariedade administrativa na concepção deste último autor, que leva em conta a adequação da providência administrativa à principiologia constitucional:

[...] pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.¹⁸

No mesmo sentido, têm-se os conceitos de discricionariedade elaborados por Maria Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho:

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.¹⁹

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.²⁰

Os supracitados conceitos de discricionariedade não fazem qualquer referência aos conceitos jurídicos indeterminados, mas, conforme

veremos adiante, há quem defenda que eles são continentes ao tema da discricção administrativa, porque, em inúmeras situações, mais de uma intelecção dos conceitos vagos é razoavelmente admissível.

[...] a noção de discricionariedade *não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo*. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou oportunidade do ato”.²¹

Analisando o conceito acima transcrito, observa-se que Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que o tema dos conceitos jurídicos indeterminados é afeto à discricção administrativa. Esse doutrinador definiu a discricionariedade administrativa nos seguintes termos:

Discricionariedade, portanto, é *a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto*, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.²² (grifo nosso)

Primeiramente, o ilustre administrativista se reporta à discricionariedade como “*a margem de liberdade que remanesça ao administrador*”. Isso quer dizer que a discricção ao nível da norma não é a mesma no caso concreto. E complementa o citado autor: “A ‘admissão’ de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas

não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na ‘estática’ do Direito, não lhe assegura presença na ‘dinâmica’ do Direito”.²³

De fato, em algumas situações, observa-se a redução da discricionariedade a zero, o que implica dizer que o âmbito de liberdade previsto na norma se esvaeceu diante do caso concreto. Vale ressaltar que, nessas hipóteses, o Direito apenas admite uma única opção de conduta, o que elimina a possibilidade de escolha. Já em outras situações, diante das circunstâncias do caso concreto, do princípio da razoabilidade e de tantos outros princípios jurídicos, existirá uma solução ideal dentre as albergadas pela norma e que melhor satisfaz a sua finalidade (a finalidade legal). Nesta última hipótese, “conquanto esteja o administrador, por força da noção de ‘dever discricionário’, obrigado a escolher a opção ideal, dessume-se que só haverá uma única solução possível para o caso concreto”.²⁴ Desta feita, em ambos os casos, somente uma solução unívoca é aceita pelo ordenamento jurídico, não remanescendo qualquer discricionariedade e sim, vinculação para o administrador.

Inferese, ainda, do conceito de discricionariedade proposto por Celso Antônio que a Administração tem o dever de adotar a solução que melhor satisfaça a finalidade legal, o que significa dizer que, ante a configuração do caso concreto, o administrador tem o *dever jurídico funcional* de acertar a providência ideal.

No entanto, o traço mais peculiar deste conceito é o que considera a discricionariedade decorrente “*da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento*”, uma vez que não é toda definição de discricionariedade que faz menção aos conceitos vagos, fluidos e imprecisos.

Germana de Moraes, doutrinadora e juíza federal, utiliza-se dos elementos essenciais da discricionariedade, desenvolvidos por Renato Alessi²⁵, para conceituá-la. Assim é que

A discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos

princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.²⁶

Este é um conceito de discricionariedade que, assim como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, delinea os limites que o poder discricionário deve observar para não incorrer em ilegalidade. Para tanto, ressalta que a simples observância do princípio da legalidade e do “direito por regras” não é suficiente para o exercício da discricionariedade administrativa, uma vez que se fala, na contemporaneidade, em princípio da juridicidade e no “direito por princípios”.

Vê-se, portanto, que interessa, nesse momento, a percepção de um conceito de discricionariedade administrativa que inclua as situações de escolha da solução ótima a um dado caso concreto, com base em critérios de conveniência e oportunidade, assim como os casos de intelecção de conceitos jurídicos indeterminados que comportem mais de uma opção administrativa (esse será o ponto de vista defendido no âmbito deste estudo). Tanto em uma hipótese quanto na outra, o administrador deve utilizar-se do campo de liberdade de atuação, respeitando sempre a principiologia constitucional.

2.2 LOCALIZAÇÃO

Há vários critérios utilizados para se identificar a localização da discricionariedade administrativa, a citar, o critério da discricionariedade na norma jurídica, que será abordado neste estudo.

Segundo esse critério, a discricionariedade pode resultar tanto da hipótese da norma jurídica quanto de seu mandamento. Associado a essas duas possibilidades, Celso Antônio Bandeira de Mello posiciona-se no sentido de que a finalidade da norma a ser implementada também pode comportar certa discricção.

A discricionariedade pode resultar da *hipótese da norma* quando a norma confere ao administrador a faculdade de escolher o pressuposto de fato para o seu agir (a lei se omite em descrevê-lo) ou quando os pressupostos de fato enunciados na regra de Direito são descritos através de conceitos indeterminados, cabendo ao administrador valorá-los quando da aplicação da norma.

No primeiro caso, tem-se que a escolha dos pressupostos de fato (os motivos do ato) será sempre limitada porque o ato deve cumprir a finalidade (própria de cada ato) e o fim (interesse público geral) em virtude dos quais foi criado.

No segundo caso, a lei enuncia os pressupostos de fato do ato utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse caso, o administrador deverá “valorar os fatos ocorridos no mundo fenomênico, para, após contrastá-los com o tipo legal, verificar se é possível a subsunção”.²⁷ Ou seja, faz-se necessária uma árdua interpretação da lei para, então, concluir-se ou não pela possibilidade de subsunção de um determinado pressuposto de fato à norma (é nesse momento que residirá uma possível discricção).

Observar-se-á a discricionariedade no *mandamento da norma* quando o comportamento do administrador puder ser omissivo ou comissivo ou quando o administrador não tiver que seguir um dado comportamento (há alternativas de comportamento para o agente). Não há dúvidas de que, nesses casos, o administrador disporá de uma maior liberdade decisória.

Celso Antônio também ressalta a possibilidade de a lei outorgar discricionariedade ao administrador, no mandamento da norma, quanto à forma do ato e quanto ao momento de sua prática. Em igual sentido, aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma (como decreto, resolução, portaria), o ato pode ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas e procedimentos mais rigorosos são exigidos quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.²⁸

Se a lei nada estabelece a respeito [do momento da prática do ato], a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim. Dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões, com ou sem sanções para o caso de seu descumprimento.²⁹

A *finalidade da norma* também comporta certa discricionariedade quando vier expressa por meio de conceitos práticos, em que pese não ser essa a posição da doutrina dominante. Celso Antônio Bandeira de Mello e Weida Zancaner defendem a possibilidade de localização da discricionariedade na finalidade da norma, e, a título de exemplificação, trouxeram à baila o conceito “moralidade pública”:

[...] a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si mesmo considerado. Está residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois, *dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso*. Logo, o pressuposto de fato ganha fluidez não porque a tenha em si mesmo, mas em decorrência da finalidade da norma estar manejando conceitos de valor que, eles sim, são altanto vagos, altanto imprecisos.³⁰ (grifo do autor)

[...] algumas cenas presentes em um filme poderiam, com absoluta certeza, ser classificadas de “indecorosas” e outras não, mas poderá, algumas vezes, restar uma série de cenas sobre as quais a dúvida permaneça, e permanecerá por não ser a *moralidade pública* um conceito passível de objetivação total.³¹ (grifo do autor)

Por fim, insta destacar que a discricionariedade se expressa, se exterioriza (o que é diferente de “se localiza”) em um único elemento

do ato administrativo, qual seja, o conteúdo.³² Afinal, esse requisito se configura no próprio ato em si. Entretanto, nas hipóteses em que a Administração pode se abster de praticar o ato, não será possível que a discricção se expresse nele.

3. MÉRITO ADMINISTRATIVO

Conforme já visto, a discricionariedade resulta da abertura da norma, em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para encontrar a solução ideal no caso concreto. Ou seja, a discricionariedade existe para que o administrador complemente a previsão aberta da norma e configure os efeitos parcialmente previstos através da ponderação valorativa de interesses, com o objetivo de realizar o interesse público geral.

Essa liberdade de decisão é exercida tanto com subsídio em critérios positivados (ex.: princípio da proporcionalidade) quanto em critérios não positivados (critérios contidos nas regras de boa administração). O mérito administrativo compreende essa segunda categoria de critérios, que irão incidir sobre “o motivo e o conteúdo do ato administrativo e, consequentemente, em suas condições de validade e eficácia”.³³ Com esteio no poder discricionário, a Administração dispõe de liberdade para valorar os motivos e escolher o conteúdo do ato que deseja expedir, decidindo sobre sua conveniência e oportunidade.

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.³⁴

O exercício do poder discricionário, no entanto, não se confunde com o mérito administrativo, em que pese este último ser núcleo daquele. Sabe-se que toda e qualquer atuação discricionária pressupõe uma norma que confira liberdade de ação, mas, especialmente no espaço que remanesce ao mérito, essa atuação não está vinculada a critérios jurídicos. Trata-se, na

realidade, de critérios não-positivados, que se desdobram na conveniência e oportunidade da decisão administrativa.

Por conveniência do ato, entende-se “sua adequação ao interesse público específico que justifica a sua prática ou à necessária harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente afectados pelo ato”.³⁵

O juízo de oportunidade, por seu turno, consiste, na “ponderação de interesses múltiplos carecidos de acomodação parcial”, em vista do fim que se propõe na norma atributiva de discricionariedade.³⁶

Para Seabra Fagundes, a conveniência e a oportunidade também se traduzem no poder de escolha derivado do poder discricionário. Na apreciação discricionária do motivo, o administrador observa a utilidade (conveniência) da ação administrativa e em que momento (oportunidade) deve praticá-la. Já a configuração do conteúdo, segundo ele, corresponde à escolha da própria medida administrativa, tendo-se em vista os motivos que a justificam.³⁷

Vale observar, nas lições de Germana de Moraes, que o mérito do ato administrativo difere do exercício da discricionariedade, justamente por ser o núcleo intangível desta última:

O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário.³⁸

O exposto acima ratifica o entendimento de que o mérito se relaciona somente a regras de boa administração, não existindo qualquer vínculo a critérios positivados. Tanto isso é verdade que o mérito deve ser compreendido como o espaço que resta após se ter submetido a conduta administrativa a todos os juízos de legalidade possíveis.

Nesse momento, para uma melhor compreensão do mérito, adentrar-se-á, ainda que perfunctoriamente, no controle dos atos administrativos

discricionários. Isso porque a aferição da juridicidade (legalidade em sentido amplo) de um ato decorrente de discricção administrativa implica controle de legalidade e de juridicidade *stricto sensu*. Entretanto, esse controle de juridicidade não abrange, sob nenhuma hipótese, o controle de mérito.

O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange, assim, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade *stricto sensu*). Remanescem, não obstante, certos aspectos dos atos resultantes da atividade administrativa não vinculada refratários ao controle jurisdicional, porquanto o Direito positivo não fornece parâmetros de atuação administrativa, nem por intermédio das regras, nem por intermédio dos princípios, daí a insuscetibilidade de revisão judicial do mérito do ato administrativo.³⁹

Somente as regras não positivadas de boa administração são capazes de oferecer um norte às opções de mérito, que ocorrem quando o administrador valora os motivos do ato e define o seu conteúdo/objeto. “O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”.⁴⁰

Nessa mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello delimita o espaço reservado ao mérito, ressaltando ainda que se trata de um espaço remanescente da discricionariedade, em que o administrador está autorizado a agir da forma que melhor satisfizer o interesse da Administração, já que todas as opções são igualmente válidas perante o Direito.

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas

ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.⁴¹

Conclui-se, inevitavelmente, que o mérito é o endereço da oportunidade e da conveniência do ato discricionário; relaciona-se ao sentido político deste ato. No entanto, a decisão meritória só subsistirá validamente se, mesmo levando-se em consideração o caso concreto e respeitando-se a lei e os princípios constitucionais, restar mais de uma opção de atuação administrativa.

Isso demonstra que o campo da discricionariedade administrativa é bastante limitado pelo próprio ordenamento jurídico, com vistas a se evitar abuso de poder. Destarte, não existe para o administrador liberdade total de escolha nos atos administrativos discricionários nessa atual fase do Direito Administrativo, com respaldo constitucional. Existe, sim, livre escolha administrativa vinculada aos princípios constitucionais, quando a situação *in concreto* comportar mais de uma solução.

Consequência lógica desse “direito por princípios” é que a moralidade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a justiça do ato, não mais são critérios que integram o mérito. Hoje, são critérios jurídicos e, como tais, são servíveis ao controle de juridicidade em sentido estrito de aspectos discricionários dos atos administrativos, que não comportem o mérito administrativo.

Daí se falar que, neste contexto, a esfera do mérito foi reduzida, porém subsiste imune à revisão judicial. Entretanto, o demérito ou a antijuridicidade, segundo Juarez Freitas, será controlável, porque não se admitem “escolhas administrativas não-fundamentáveis no sistema”.⁴² O simples rótulo de *mérito administrativo* não imuniza o ato discricionário da revisão e da anulação pelo Poder Judiciário, uma vez que é possível que alguma ilegalidade decorrente do abuso de poder se camufle nesse espaço legitimamente considerado intangível.

Fácil perceber, portanto, que o mérito é o núcleo da discricionariedade, intangível ao controle jurisdicional, quer à luz das regras jurídicas, quer à luz dos princípios de Direito. Primeiro porque corresponde ao campo de liberdade de atuação administrativa que venha a remanescer no caso concreto; segundo porque não existem padrões de legalidade para aferir essa atuação. Por isso se diz que o mérito corresponde a uma valoração

subjetiva do administrador na escolha entre dois ou mais atos legítimos para o Direito, assim como razoáveis e oportunos para a Administração.

4. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os conceitos jurídicos indeterminados são, na realidade, conceitos que apresentam uma indeterminação quanto ao seu conteúdo e extensão. Isso é o que acontece com conceitos como “boa-fé”, “bem comum”, “moralidade”, “notória especialização”, dentre tantos outros, que podem ser definidos como “aqueles [conceitos] cujos limites de sua extensão não podem ser traçados precisamente, a fim de permitir a identificação de quais os objetos ou as realidades que abarcam ou deixam de abarcar, perante uma situação concreta”.⁴³

Esses conceitos se apresentam em todos os ramos do Direito, mas, especialmente no Direito Administrativo, a discussão sobre a sua natureza jurídica é de fundamental importância para a compreensão de fenômenos jurídicos que se conectam com a discricionariedade administrativa.

A partir dos conceitos jurídicos indeterminados, podem ser visualizadas duas situações distintas. A primeira diz respeito à indeterminação desses conceitos no Direito, que se relaciona ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e a segunda se relaciona à indeterminação linguística, que é verificada em abstrato.

A indeterminação linguística pode ensejar a indeterminação no Direito quando da aplicação do conceito ao caso concreto, uma vez que não é somente a textura aberta da norma que condiciona a indeterminação da aplicação de um conceito. É preciso ir mais além, pois haverá casos em que “a aplicação de um dado conceito jurídico perante o caso concreto poderá ser determinada, mesmo quando se constata a indeterminação linguística [...], verificada em abstrato”.⁴⁴ E conclui Marcus Vinícius Filgueiras Júnior que a indeterminação somente subsistirá “nos chamados casos fronteiros (*borderline cases*), que pressupõem a existência de casos concretos e não meras conjecturas abstratas”.⁴⁵

Esse mesmo autor trouxe à baila a seguinte situação: *todo pobre terá assistência médica gratuita*. Sem dúvida que essa é uma norma jurídica que traz em seu bojo um conceito jurídico indeterminado, qual seja, o substantivo “pobre”. Dito dessa forma, contudo, haverá casos concretos que, inevitavelmente, desnudarão qualquer possibilidade de assistência

médica gratuita. Por outro lado, haverá outros que não darão margem a qualquer dúvida da necessidade dessa assistência.

Já na zona fronteira, são encontrados aqueles casos que, diferentemente desses dois últimos, ensejarão dúvidas sobre a necessidade ou não de assistência médica gratuita. Desse modo, caberá ao aplicador da norma densificá-la à realidade que lhe foi posta. Daí que a indeterminação jurídica deve ser entendida sob o prisma da “impossibilidade de identificar, por meio do procedimento interpretativo técnico-jurídico, a correta e única solução para a aplicação de uma norma ou parte dela a um determinado caso concreto”.⁴⁶

Vale observar, ainda, que a referida indeterminação não está no termo empregado na norma. O que se tem são conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, a indeterminação é do conceito e não da palavra que o representa, até porque se a indeterminação residisse no termo, trocar-se-ia a palavra e não mais existiriam dúvidas sobre a aplicação do conceito, que representa o significado que medeia entre a palavra e o objeto real. Nesse sentido preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se *quis comunicar*. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às *mesmas noções* que estão abrigadas sob as vozes “urgente”, “interesse público”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, “calvície” e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um *outro conceito* – já agora preciso, portanto um *novo* conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo.⁴⁷ (grifo do autor)

O estudo da estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados é de fundamental importância para a compreensão de sua inclusão no âmbito da discricionariedade administrativa. A doutrina alemã trata da estrutura desses conceitos da seguinte forma: zona de certeza positiva e zona de

incerteza. Acrescenta ainda uma zona que se localiza externamente ao conceito, que não faz parte de sua estrutura, denominada zona de certeza negativa.

O que a doutrina alemã expõe é que na estrutura do conceito jurídico indeterminado encontra-se um núcleo conceitual, “aquele núcleo dentro do qual não há dúvidas quanto à subsunção do objeto mentado à abrangência do conceito”⁴⁸ e uma zona de incerteza, onde residem as dúvidas. A zona de certeza negativa, estranha à estrutura do conceito, corresponde àquela “zona dentro da qual não se tem dúvida de que o objeto cogitado não se subsume ao conceito e, portanto, tem-se certeza de que não se encontra dentro tanto do núcleo conceitual quanto do halo conceitual”⁴⁹.

Em síntese, a depender do objeto cogitado, poderá haver certeza ou dúvida de sua subsunção ao conceito, assim como poderá ser que não parem quaisquer dúvidas de que o objeto não se subsume a determinado conceito jurídico.

É justamente essa estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados que fornece uma delimitação mais precisa do tema e auxilia a sua compreensão dentro do que se entende por discricionariedade administrativa. Isso porque,

Para ser considerado um conceito jurídico indeterminado, o conceito deve apresentar *dentro da zona de certeza (núcleo conceitual) e/ou da zona de incerteza (halo conceitual) mais de uma intelecção admissível, do ponto de vista da razoabilidade, acerca do objeto que poderá ser subsumido ao conceito em questão*.⁵⁰ (grifo do autor)

Inevitavelmente, percebe-se que esse quadro estrutural dos conceitos jurídicos indeterminados esclarece que a aplicação concreta desses conceitos corresponde a uma atuação discricionária da Administração Pública *em muitas situações*. Tanto isso é verdade que, dentre as intelecções possíveis, qualquer delas é legítima perante o Direito, independentemente de opiniões contrárias. Afinal, a existência de duas ou mais intelecções igualmente razoáveis faz com que o conceito jurídico seja considerado indeterminado.

Em similar via de entendimento, a autora Regina Helena Costa,

citada por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵¹, chama atenção para o fato de que a interpretação pode levar à determinação de um conceito jurídico indeterminado. Porém, não é em todos os casos que a indeterminação é afastada, pois, em muitos deles, poderá a Administração optar por qualquer significação possível e razoável oferecida pelo processo interpretativo. Ou seja, o conceito será definido por meio de uma apreciação subjetiva do administrador, quando, então, se constatará a sobredita discricionariedade.

Essas conclusões foram construídas a partir da distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor. Nos primeiros, o processo interpretativo torna o conceito preciso, e por isso esses conceitos não são considerados discricionários. Já nos outros, o trabalho do agente público pode não se encerrar com a interpretação, uma vez que será possível ao administrador escolher dentre as intelecções possíveis, aquela que lhe for mais consentânea com a realidade concreta.

A consequência dessa distinção é que, em se tratando de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, “o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da interpretação subjetiva do órgão administrativo. Neste caso, o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico”.⁵²

Quando se tratar de conceitos de valor, o norte da questão se cinge, exclusivamente, à razoabilidade das intelecções. Consequentemente, “qualquer pessoa poderá deter opinião diversa acerca da melhor opção a ser adotada, é certo, mas não terá condições de provar, objetivamente, que há incorreção na conclusão daquele que adota uma outra intelecção igualmente razoável”.⁵³ Isso porque, nessas ocasiões, o administrador público dispõe de discricionariedade para escolher aquela opção razoável que se mostrar mais consentânea com as peculiaridades do caso concreto.

E mais: também é possível que, dentre todas as opções cabíveis, uma delas se mostre a mais razoável e, nessas situações, o que se observa é a *redução da discricionariedade a zero*.

Enfim, todo o exposto acima se relaciona com a Teoria da Multivalência, em oposição ao que dispõe a Teoria da Univocidade ou Adequabilidade Normativa.⁵⁴ Esta última teoria considera que na interpretação e na aplicação dos conceitos legais indeterminados não há espaço para a discricionariedade administrativa, pois só admite uma única solução como correta – todas as peculiaridades do caso concreto indicarão qual *decisão adequada* deve ser adotada pela Administração. Essa é a orientação adotada pela doutrina alemã e por García de Enterría, os quais entendem que, “nada obstante certo grau de indeterminação desses conceitos, numa dada situação concreta ou no cotejo entre a abstração do conceito e a realidade, sua qualificação não será senão uma”.⁵⁵ O mesmo entendimento é compartilhado por Flávio Henrique Unes Pereira ao definir a Teoria da Adequabilidade Normativa:

A Teoria da Adequabilidade Normativa demonstra que a norma adequada ao caso será determinada após o exame das normas *prima facie* aplicáveis, como também após a análise de *todas as peculiaridades da caso*. Portanto, a seleção dos “elementos relevantes” *não* é conduta *disponível* por parte do administrador público, tendo em vista que a decisão adequada impõe a *descrição completa da situação*.⁵⁶ (grifo do autor)

Oportuno destacar que a citada teoria desconsidera a possibilidade de existência de zonas de incerteza e/ou de certeza positiva na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Neste estudo, compartilha-se o entendimento de que o processo de interpretação, que antecede a atuação discricionária do agente público, faz emergir o conteúdo dos enunciados normativos, que se expressará através das possíveis soluções razoáveis. É nesse momento que termina a interpretação para se iniciar a discricionariedade, quando haverá a escolha de uma opção que melhor atenda a uma situação concreta. Da mesma forma pontualiza Marcus Vinícius Filgueiras Júnior:

[...] é de se discordar daqueles que entendem que o fenômeno da discricionariedade nada tem a ver com os conceitos jurídicos indeterminados. O fato de serem atividades logicamente distintas (uma espécie de indeterminação implica a escolha da melhor opção por meio da conveniência e oportunidade, e a outra na escolha por meio da melhor inteligência) não faz necessariamente com que o Direito confira tratamentos distintos.⁵⁷

Assim, independentemente de a opção do agente público ser volitiva (política) ou intelectual, trata-se, em ambos os casos, de discricionariedade administrativa, porque “os efeitos de direito são idênticos”.⁵⁸

Em sentido contrário é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, o qual não vislumbra a inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados na esfera da discricionariedade, porque esta “não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis”.⁵⁹ Ou seja, o renomado autor citado somente inclui na esfera da discricionariedade as decisões de mérito administrativo.

Certo é que a aplicação de normas jurídicas enunciadas através de conceitos determinados enseja vinculação na atividade do administrador, uma vez que inexistirá espaço para valorações e para uma pluralidade de escolhas admissíveis perante o Direito. Todavia, a aplicação de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados pode conduzir tanto à vinculação quanto à discricionariedade, segundo as lições de Germana de Moraes:

Por outro lado, não se pode negar – assim se acredita – que a aplicação de normas jurídicas que contêm conceitos indeterminados tanto pode conduzir à certeza quanto à incidência da norma ao caso concreto (única solução possível), como pode ensejar dúvidas no momento da concretização, quando não há certeza se o fato se ajusta à hipótese normativa abstrata, pois há certas situações que conduzem à admissibilidade de mais de uma solução razoavelmente sustentável perante o Direito.⁶⁰

Assim, conclui-se, inevitavelmente, que os conceitos jurídicos indeterminados não se constituem em um todo único, homogêneo. Eles se distinguem e, por conta disso, pode ser que de sua aplicação decorra ou não a discricionariedade. Em caso de conflito a respeito da correta aplicação desses conceitos, caberá ao Judiciário decidir se a Administração Pública não procedeu à correta interpretação dos conceitos empíricos/ de experiência ou se incorreu em abuso de poder quando da aplicação dos conceitos de valor. Todavia, vale o alerta de que, somente quanto a estes últimos (conceitos de valor), é possível se falar em discricionariedade administrativa.

5. LIMITAÇÕES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Os limites que se impõem à discricionariedade administrativa derivam da lei em sentido amplo. Dessa forma, o princípio da legalidade (em sentido amplo) é o limite único à atuação livre do administrador público. Em decorrência disso, esse tema das limitações se relaciona intimamente ao tema do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, uma vez que é a lei que traça os limites dentro dos quais a Administração está autorizada a agir, com fundamento em critérios de apreciação subjetiva, intangíveis pelo Poder Judiciário.

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade o poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto.⁶¹

Contudo, quando se tratar de atividade vinculada, o controle

jurisdicional deverá ser amplo, a fim de verificar a total conformidade do ato às prescrições legais. Verificada a ausência dessa conformidade, cabe ao Poder Judiciário decretar a nulidade do ato. Assim, conforme se vê, não há qualquer dificuldade no controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados.

Já nos atos discricionários, o controle jurisdicional é exercido externamente à esfera reservada à apreciação subjetiva do administrador. Nesses casos, haverá limitações legais ínsitas a todos os atos, que correspondem à verificação da competência para o exercício de determinada atividade; do fim de interesse público geral, que deve almejar o titular da função administrativa; e da forma prescrita em lei para a execução do ato administrativo.

Quanto aos demais aspectos (discricionários) do ato, o Poder Judiciário deve examinar a sua conformidade com os princípios gerais do nosso ordenamento jurídico, dentre os quais se destacam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Assim, o Judiciário pode exercer controle sobre a apreciação dos fatos que motivaram a prática do ato de maneira que, se eles não existirem, forem diversos dos alegados pela Administração ou não se mostrarem adequados à principiologia de nosso sistema jurídico, o ato deverá ser julgado ilegal.

Há doutrinadores que também consideram os conceitos jurídicos indeterminados como limites à discricionariedade administrativa. Entretanto, essa não é a posição daqueles que os caracteriza, em algumas situações, como uma das vertentes da atuação discricionária do administrador. Conforme já visto, é possível que, após o processo interpretativo do conceito indeterminado, remanesça um espaço de escolhas igualmente legítimas. Dessa forma também preceitua Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Na realidade, não se trata propriamente de limite à discricionariedade; trata-se, isto sim, de verificar quando o emprego de conceitos indeterminados implica discricionariedade administrativa. Se, pela via da interpretação ou mesmo da integração de normas jurídicas (em especial, pelo recurso aos princípios gerais de direito) for possível chegar a uma única solução válida perante o direito, não haverá discricionariedade; se, após terminado o trabalho de interpretação, remanescerem duas

ou mais hipóteses viáveis, a escolha far-se-á discricionariamente pela Administração e não poderá ser revista pelo Poder Judiciário.⁶²

Não há dúvidas de que a atuação não-vinculada da Administração Pública sofre limitações pela principiologia constitucional. Revela-se, assim, hodiernamente, a insuficiência da subsunção do ato administrativo à lei em sentido estrito. É necessária, também, a subsunção do ato à lei em sentido amplo, pois não se admite que as decisões administrativas, na atual fase do constitucionalismo, discrepem dos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Nesse contexto, o princípio da legalidade adquire nova feição, qual seja, “um conteúdo axiológico, que exige conformidade da Administração Pública com o *Direito*, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático”.⁶³

A essa limitação à discricionariedade administrativa, com fundamento nos princípios constitucionais e nas regras jurídicas, dá-se o nome de *princípio da juridicidade da Administração Pública*.

5.1. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana foi elevada à categoria de núcleo axiológico das constituições criadas a partir desse momento histórico e os princípios passaram a ser espécies de normas jurídicas. A fase atual, conhecida como pós-positivismo jurídico, é marcada, justamente, pela normatividade dos princípios e pela superação do positivismo estrito.

Esse caminho para a realização do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, tem as seguintes características principais traçadas por Luis Prieto Sanchís:

[...] mais *princípios* que regras; mais *ponderação* que subsunção; *onipresença da Constituição* em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; *onipotência judicial* em lugar de autonomia do

legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma *constelação plural de valores*, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios.⁶⁴ (grifo do autor)

Com o pós-positivismo jurídico, diferentemente do *jusnaturalismo* e do *positivismo*⁶⁵, os princípios foram consagrados nos textos constitucionais, passando, também, a serem tratados como espécies do gênero norma jurídica.⁶⁶ Diante disso, operou-se a superação da “crença de que [os princípios] teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”.⁶⁷

Portanto, agora, tanto os princípios quanto as regras constitucionais possuem eficácia normativa.⁶⁸ Isso se justifica na medida em que a aplicação das normas constitucionais, na solução dos conflitos, pressupõe a existência tanto de regras quanto de princípios. Somente as regras jurídicas não seriam suficientes para exaurir todas as situações fáticas que necessitam de disciplinamento e, de outra parte, “um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir a um sistema falho em segurança jurídica”.⁶⁹

Conclui-se, inevitavelmente, que o reconhecimento da força normativa dos princípios mostra-se imprescindível, uma vez que, do contrário, permitir-se-ia ao intérprete, utilizando-se das lacunas normativas, buscar a fundamentação de suas decisões/escolhas além das normas que o vinculam. Dessa forma, o intérprete (seja o juiz, seja o administrador público) deve se valer do rol de princípios aplicáveis à solução do caso sob sua apreciação, até identificar o princípio maior que rege o tema. Feito isso, deve ser formulada a regra concreta a solucionar o caso. A importância dos princípios revela-se, assim, pelo fato de sintetizarem os valores abrigados no ordenamento jurídico, darem unidade ao sistema e condicionarem a atividade do intérprete.

Com esteio nessa perspectiva de que os princípios possuem força normativa, no Direito Administrativo o princípio da juridicidade da administração substituiu o princípio da legalidade, não o eliminando, mas o englobando. Isso revela a compreensão do princípio da juridicidade enquanto princípio da legalidade em sentido amplo: substitui-se o “direito por regras” do Estado Liberal pelo “direito por princípios” do Estado

Democrático de Direito, no qual se visualiza o respeito aos direitos fundamentais como centro de gravidade da ordem jurídica.

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.⁷⁰

Vê-se que o princípio da juridicidade se sobreleva como limite único à discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, o controle jurisdicional sobre os ditos atos discricionários sofre novos contornos, uma vez que o campo da justicialidade se alargou em detrimento do espaço da atuação livre da Administração. Afinal, conforme já ressaltado, a discricionariedade corresponde a um espaço de escolha remanescente, em que o administrador, após analisar as peculiaridades do caso concreto e ponderar os interesses envolvidos ou valorar e preencher os conceitos jurídicos indeterminados (o que necessita da observância aos princípios constitucionais), decidirá por qualquer opção legítima perante o Direito.

Entenda-se, desde já, que, em muitas dessas situações, a aplicação dos princípios se dará após a utilização da *técnica da ponderação*, tendo-se em vista a ocorrência da colisão de princípios. Daí a eleição do princípio maior que rege o caso concreto necessitar de uma trabalhosa atividade hermenêutica:

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.⁷¹

Enquanto as regras são aplicadas na plenitude de sua força normativa⁷², os princípios precisam ser ponderados. Isso revela que o intérprete deve estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios em conflito, respeitando-se o núcleo mínimo de cada um deles e dos direitos fundamentais, até se concluir pela solução que melhor satisfaça ao ideário constitucional na situação apreciada. “Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar”.⁷³

Nada obstante o exposto acima, atualmente, à vista do caso concreto, já se cogita da possibilidade de se ponderarem regras e de se aplicarem os princípios mediante subsunção.

Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar.⁷⁴

No mais, resta claro que a normatividade dos princípios no pós-positivismo representou a consagração dos valores compartilhados por toda a sociedade. Diante disso, as decisões administrativas, incluindo-se as discricionárias, devem ser consentâneas com a principiologia constitucional, o que inclui o respeito aos direitos fundamentais. Caso essas decisões ameacem ou lesem direitos ou interesses legalmente protegidos, caberá à parte interessada recorrer ao Poder Judiciário para controlá-las através do exame dos argumentos desenvolvidos pelo intérprete, que, na seara administrativa, será o agente público. “Nada a estranhar, nessa ótica, que os princípios constitucionais, para além das regras, determinem a *obrigação de o administrador público justificar, na tomada das decisões, a eleição dos pressupostos de fato e de direito*”.⁷⁵ De certo, isso se mostra imprescindível num Estado que prima pela legitimidade de todas as suas escolhas administrativas.

O insigne jurista Juarez Freitas enfatiza que o estado de discricionariedade legítima, respeitadora dos princípios constitucionais, concretiza o direito fundamental à boa administração pública. Para tanto, as decisões administrativas devem ser “*sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade*”.⁷⁶ Nesse contexto, os princípios se apresentam como parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários e se refuta, de uma vez por todas, a figura da decisão administrativa insindicação.

6. CONCLUSÃO

No âmbito desse estudo, vimos que não é qualquer escolha administrativa comportada pela norma em abstrato que se constitui em solução legítima perante o Direito e as peculiaridades do caso concreto. A lei confere discricionariedade à Administração, em determinadas situações, para que ela, que se encontra em uma posição mais favorável de percepção da realidade que a circunda, possa reconhecer qual a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.

Quanto ao conceito de discricionariedade administrativa, adotou-se o entendimento que a caracteriza tanto em função do mérito quanto em função dos conceitos (de valor) jurídicos indeterminados. Nessas hipóteses, a lei confere ao administrador, frente à textura aberta da norma, uma margem de liberdade para encontrar a solução ideal do caso concreto.

Vimos que, nessa primeira situação (mérito administrativo), há a apreciação subjetiva do administrador acerca da valoração dos motivos e/ou da escolha do conteúdo do ato com subsídio em critérios extrajurídicos. Primeiro porque o mérito é o endereço da oportunidade e da conveniência do ato discricionário; segundo porque representa o espaço remanescente a todo o controle de juridicidade, já realizado sobre os elementos vinculados e sobre os aspectos discricionários do ato. Diante disso, um possível controle de mérito (e não o controle de juridicidade do mérito, o qual é possível!) poderia resultar na substituição do ato por outra conduta igualmente legítima, porém inconveniente e inoportuna para a Administração Pública.

Já na segunda vertente da discricionariedade administrativa – os conceitos (de valor) jurídicos indeterminados –, o administrador

dispõe de uma potencial liberdade na aplicação da norma que contém conceitos como “moralidade pública”, “boa-fé”, “interesse público”, dentre tantos outros, mas que somente se mostra possível quando o processo de interpretação do conceito (de valor), que antecede a atuação discricionária do agente público, faz emergir o seu conteúdo e extensão através de mais de uma intelecção razoável acerca do objeto que poderá ser subsumido ao conceito em questão. Nesta hipótese, tem-se, igualmente, atuação discricionária, porque a escolha administrativa é realizada com fundamento na intelecção a que chegou a Administração (intelecção legítima), ao passo que, no mérito, a escolha é baseada nas razões de conveniência e oportunidade.

Por fim, esse estudo demonstra que o controle dos atos administrativos discricionários alargou-se no pós-positivismo jurídico, tendo em vista a aplicação do denominado princípio da juridicidade, que afunila o campo de atuação da Administração Pública e, assim, delimita com segurança esses dois núcleos intangíveis da discricionariedade, de forma a conferir ao administrador a liberdade de escolha dentre condutas legítimas. Dessa forma, preserva-se o direito fundamental à boa administração pública.

ADMINISTRATIVE DISCRETION AND INTANGIBILITY OF ADMINISTRATIVE MERIT AND INTELECTION OF INDETERMINATE LEGAL CONCEPTS (VALUE)

ABSTRACT: This work analyzes the administrative discretion. Relates the concept of administrative discretion to administrative merit and intellection of indeterminate legal concepts (value). Delimits the space of free choices administrator. Finally, it presents the principle of legality as limiting the discretion.

KEYWORDS: Administrative Discretion. Administrative Merit. Intellection of Indeterminate Legal Concepts (Value). Principle of Legality.

Notas

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 29.

² Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³ Art. 37 da CF/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I ao XXII e §§ 1º ao 12 [...].

⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.119.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁸ LELLIS, Lélío Maximino. *O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário*. Revista IOB de Direito Administrativo. São Paulo, v. 2, n. 15, Março de 2007.

⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 206.

¹¹ *Ibid.*, p. 206.

¹² GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 141.

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 889.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 44.

¹⁵ _____. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 206.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007, p. 21.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 41.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27.

²² *Ibid.*, p. 48.

²³ *Ibid.*, p. 37.

²⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 56.

²⁵ Segundo Germana de Moraes, na concepção de Renato Alessi, a definição de discricionariedade é concebida a partir da associação de três aspectos distintos e complementares: a valoração do interesse público, a falta de determinação precisa na norma do que venha a ser o interesse público e a margem de liberdade de decisão atribuída pela norma à Administração.

²⁶ _____. *op. cit.*, p. 48.

²⁷ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 53.

²⁹ *Ibid.*, p. 50.

³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

³¹ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62.

³² Já foi exposta, no capítulo anterior, a divergência doutrinária acerca da classificação dos elementos dos atos administrativos. Para aqueles que vislumbram a existência de cinco elementos, diz-se que o conteúdo se confunde com o próprio objeto do ato. Essa é a posição adotada por Hely Lopes Meirelles e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Esta última preceitua que o “objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005). Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello, que teorizou acerca dos elementos e dos pressupostos dos atos administrativos, identifica o conteúdo como elemento do ato, porque se trata da própria medida que produz alteração na ordem jurídica. É o ato em essência, segundo Dirley da Cunha Júnior. Já o objeto é distinto do conteúdo, por ser entendido como algo a que o ato se reporta. Ou seja, o objeto é a coisa ou a relação jurídica sobre a qual o ato administrativo recairá. “Ademais, o objeto está fora do ato, enquanto o conteúdo é interno ao ato. O conteúdo é aquilo que o ato dispõe. Isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. O conteúdo dispõe sobre alguma coisa, sendo esta – aqui sim – o próprio objeto do ato” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus PODIVIM, 2007, p. 99).

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150.

³⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 180.

³⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. ii, *Lições aos alunos do curso de Direito no ano lectivo de 1987-88, policopiado*, Lisboa, 1988, p. 155 apud MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 51.

³⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 51.

³⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91.

³⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 49.

³⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁴¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 888.

⁴² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007, p. 32.

⁴³ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 102.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

⁴⁸ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 146.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 146.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 147.

⁵¹ COSTA, Regina Helena. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade*

Administrativa. In Revista da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo: vol. 29/79 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 81.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 82.

⁵³ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 147.

⁵⁴ Para Tezner, defensor da Teoria da Univocidade, a interpretação dos conceitos indeterminados somente comporta uma única solução correta, o que vincula a atuação do administrador. Da mesma forma, a Teoria da Adequabilidade Normativa, defendida por Klaus Günther, considera que a aplicação dos conceitos indeterminados é uma atividade vinculada às peculiaridades do caso concreto, as quais determinam a norma a ser aplicada. Vê-se, portanto, que para ambas as teorias, inexistia discricionariedade na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁵⁵ COELHO, Paulo M. da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106.

⁵⁶ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 107.

⁵⁷ FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172.

⁵⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46.

⁶⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 66.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 94.

⁶² *Ibid.*, p. 96.

⁶³ *Ibid.*, p. 97.

⁶⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", pp. 127-129 apud NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 86.

⁶⁵ O jusnaturalismo era uma corrente filosófica que se baseava na existência de um direito natural, legitimado por uma ética superior. Esse direito era constituído por valores e pretensões humanas legítimas, os quais independiam do direito posto. Trata-se de uma corrente oposta ao positivismo jurídico, na medida em que entendia que o Direito é norma. Quer-se dizer com isso que o Direito emanava do Estado e, por isso, se fazia imperativo e coativo. Contudo, essa supervalorização da lei não é condizente com o ideário do pós-positivismo, que exalta a importância dos valores, princípios e regras.

⁶⁶ Observe-se que o traço marcante do constitucionalismo moderno não é a inserção dos princípios nos textos constitucionais, mas sim o reconhecimento de sua normatividade.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 327.

⁶⁸ Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, há consenso na doutrina em relação à inexistência de hierarquia entre regras e princípios. Ambos são normas jurídicas, que integram o sistema referencial do intérprete.

⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 88.

⁷⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva,

2008, p. 329.

⁷² Isso é possível porque as regras se limitam a prescrever uma conduta; se o fato previsto em abstrato se realiza, o efeito concreto previsto na regra é produzido. Já os princípios (mandados de otimização) podem ser cumpridos em diferentes graus, porque eles indicam fins a serem alcançados.

⁷³ Ibid., op. cit., p. 354.

⁷⁴ Ibid., op. cit., p. 355.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007, p. 7.

⁷⁶ Ibid., p. 21.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 jul. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Paulo M. da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Jus PODIVIM, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LELLIS, Lélío Maximino. *O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário*. Revista IOB de Direito Administrativo.

São Paulo, v. 2, n. 15, Março de 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.